

瑕疵担保責任の比較法的考察（一）

——日本・フランス・EU——

野
澤
正
充

序 章 本稿の課題と対象

第一章 日本法(1)——法定責任説と判例法の形成

第一節 起草者の見解とその評価（以上本号）

第二節 法定責任説の形成

第三節 大審院大正一四年判決とその評価

第四節 最高裁昭和三六年判決の理解

第二章 日本法(2)——債務不履行責任説の台頭と展開

第三章 フランス法(1)——一九八六年まで

第四章 フランス法(2)——一九八六年以降

第五章 総括と展望

序章 本稿の課題と対象

一 瑕疵担保責任と債務不履行責任——民法の規定

売買契約に基づいて買主に引き渡された目的物に欠陥があった場合に、買主は、売主に対して、どのような請求をすることができるか。この場合に適用されうる民法の制度は、錯誤（九五条）を除くと、債務不履行責任（四五条）と瑕疵担保責任（五七〇・五六六条）の二つである。しかし、この両制度には、明文上、以下のような違いが認められる。

第一に、買主が売主に対して債務不履行責任を問うためには、債務者（売主）の「責めに帰すべき事由」が要件とされる（四一五条）。これに対して、瑕疵担保責任は、売主の帰責事由を要件とせず、無過失責任であると解されている。

第二に、効果として、債務不履行責任では、①解除権（五四一条）、②損害賠償請求権（四一五条）のほか、③完全履行請求権（瑕疵修補請求権・代物請求権）が認められる。これに対して、瑕疵担保責任の場合には、①と②しか認められず（五七〇・五六六条一項）、③が認められていない。この点に関しては、請負契約において、仕事の目的物に瑕疵があるときに、注文者が請負人に対し、「その瑕疵の修補を請求することができる」（六三四条一項）のとは、対照的である。

第三に、右の①解除をするためには、債務不履行責任の場合には、原則として、「相当の期間を定めて催告」をしなければならない（五四一条）。これに対して、瑕疵担保責任に基づく解除では、催告は不要である（無催告解除）。また、瑕疵担保責任では、買主がその瑕疵のために「契約をした目的を達することができないとき」に限って解除が認められる（五六六条一項）のに対し、債務不履行責任の解除には、このような要件がない。¹⁾

第四に、以上の権利の行使期間は、債務不履行責任では一〇年である（二六七条一項。なお、商五二二条―五年）のに対して、瑕疵担保責任では、買主が瑕疵を知った時から一年である（五七〇・五六六条三項⁽²⁾）。

そして第五に、明文はないが、損害賠償の範囲について、債務不履行責任の場合には履行利益の賠償が認められるが、瑕疵担保責任では、履行利益の賠償は認められないとする見解が多い。その実質的な理由としては、第一の点が指摘される。すなわち、売主の担保責任は無過失責任であるから、履行利益の賠償までは認められないとする⁽³⁾。

右のような瑕疵担保責任と債務不履行責任の相違は、なぜ認められるのであろうか。換言すれば、両制度の論理的な関係が問題となり、この問題をめぐっては、周知のように、法定責任説と債務不履行責任説（契約責任説）とが対立している。

二 日本法——法定責任説と債務不履行責任説

(1) 法定責任説

やや教科書的なまとめではあるが、両見解の基本的な主張を概観する。

まず、大正期以降の通説的見解（法定責任説）は、ドイツ法の影響を受け、五七〇条を法が特に認めた責任であるとした。この法定責任説にも、後述のようにいくつかのヴァリエーションがあるが、主要な見解は、瑕疵担保責任の適用領域が、特定物、とりわけ不代替的な特定物の売買に限られるとする。ここにいう特定物とは、具体的取引において、当事者が物の個性に着目して取引した物であり、物の個性に着目せず、単に種類と数量のみによって取引をした不特定物に対応する。他方、不代替物は、代替物に対応する概念であり、当事者の意思ではなく、物の客観的性質によって代替性のない物である。例えば、土地や芸術品は一般に不代替物であり、その取引に際して

は、当事者が任意に目的物を変えることはできない。そして、法定責任説が五七〇条の対象とする特定物とは、その中でも不代替的な性質を有する物である⁴⁾。

ところで、不特定物の売買においては、売主は完全な物を給付すべき債務を負い、給付した物に少しでも瑕疵があれば、買主は売主に対して債務不履行責任（不完全履行）を追及することができる。これに対して、不代替的特定物の売買においては、目的物に隠れた瑕疵がある場合には、債務の履行が部分的に不可能（原始的「一部不能」）であり、売主は瑕疵のない完全な物を給付する義務を負わない。それゆえ、売主が契約で定められた物を給付すれば、債務の履行は完了し、債務不履行責任の問題を生じる余地はない。しかしそれでは買主が、売買代金に見合うだけの品質を有した物の給付を受けられないことになる。そこで五七〇条は、売買の有償性に鑑み、瑕疵を知らなかった買主の利益を保護するために、法が特に認めた責任であると説明する。

この法定責任説（柚木）による瑕疵担保と債務不履行の両責任の適用領域を図示すると、図①と②のようになる。

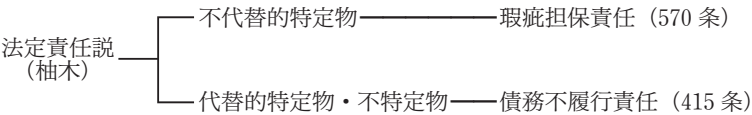
(2) 債務不履行責任説

右の法定責任説に対して、一九六〇年代頃から、アメリカ統一商法典やハーグ国際動産売買統一法などの国際的動向を背景に主張されたのが、瑕疵担保責任も債務不履行責任であるとする見解である。この見解は、特定物の売買において、売主の瑕疵なき物の給付義務を否定する法定責任説を、それが「特定物のドグマ」であるとして、次のように批判する。すなわち、瑕疵のある物でも引き渡せば、「法律的には売主の義務を果たしたことになる、というのには、常識的には理解し難い」⁵⁾。そして、法定責任説によれば、特定物の買主の売主に対する瑕疵修補請求権が否定されるが、たとえ不代替物であったとしても瑕疵の修補が可能な場合もあり、売主に修補を認める方が妥当な場合もある。そこで、債務不履行責任説は、瑕疵担保責任が売買に関する債務不履行責任の特則であると解し、

図① 法定責任説（柚木）による瑕疵担保と債務不履行の適用領域

代替性 特定性		客観的区別	
		不代替物	代 替 物
主観的区別	特 定 物	瑕疵担保責任 (570条)	
	不特定物		債務不履行責任 (415条)

図②



目的物が特定物であるか否かに関係なく適用され、そこに規定のない事項については債務不履行責任に関する規定が適用されるとする。具体的には、①特定物の売買においても、可能な限り、買主の完全履行請求権を認め、②売主も修補権を有し、③損害賠償の範囲も、通常の債務不履行と同じく四一六条によって定まる。ただし、④買主の有する権利は、瑕疵の存在を知った時から一年以内に行使されなければならないとする。⁽⁶⁾

(3) 近時の債務不履行責任説

ところで、右のような債務不履行責任説では、債務不履行責任のほかに、なぜ瑕疵担保責任が規定されるのか、換言すれば、「瑕疵担保責任の債務不履行責任一般に対する特則性は何か」⁽⁷⁾が改めて問われることとなる。この問いに対して、一つの明快な論理的解決を提示したのが、一九八九年に公にされた森田宏樹教授の論文であった。⁽⁸⁾森田教授は、フランスの学説

(時的区分説) にならつて、右の問題を次のように説明する。すなわち、買主による目的物の「受領」は、売主にとつては債務の消滅原因であるから、その後は債務不履行責任を免れるのが通常である。しかし、目的物に「隠れた」瑕疵があった場合には、受領時に買主はそれを発見することができなかったため、例外的に受領後も債務不履行責任を一年間に限って認めるのが妥当であり、これが瑕疵担保責任であるとする。⁽⁹⁾ この見解によれば、瑕疵担保責任と債務不履行責任とは同質であり、買主による受領時を基準として区別されるにすぎない。

右の見解は、有力な教科書に「判例との乖離が少なく、かつ、解釈論としても説得的」であるとして支持され、⁽¹⁰⁾ 今日では、これに与する見解も少なくない。⁽¹¹⁾

(4) 日本法における問題の所在

以上の法定責任説と債務不履行責任説は、現実の解決においては差異がそれほど顕著ではない、との指摘もなされている。⁽¹²⁾ 仮にこのような指摘が適切であるとすれば、両見解の中心的な対立点は、どこにあるのであろうか。

この問題については、一九六〇年代に債務不履行責任説が提唱された当時は、「特定物のドグマ」を認めるか否かが主要な論点であつたと解される。すなわち、特定物の売買においては売主の瑕疵なき物の給付義務がないことを前提に、特定物については法定責任である瑕疵担保責任を適用し、不特定物については債務不履行責任で対処しようとする法定責任説と、このような対象による区別を否定し、特定物と不特定物とを問わずに両制度が適用されるところとする債務不履行責任説とが対立した。しかし、「特定物のドグマを否定することは、ただちに、瑕疵担保責任を債務不履行責任として構成すべきことを意味」するものではない、との指摘がなされている。というのも、特定物のドグマを否定し、売主が瑕疵のない目的物の給付義務を負うとしても、その違反は債務者の帰責事由を要件とする債務不履行責任の問題となり、無過失責任である瑕疵担保責任を適用することに「合理的根拠」がないからである。⁽¹³⁾ そこで、森田教授は次のように指摘した。すなわち、瑕疵担保責任をめぐる学説上の争点は、「特定物のド

グマ』の採否を基軸とする法定責任説と契約責任説という対立図式」ではなく、瑕疵担保責任が「無過失責任であるがゆえに債務不履行責任とは異なる責任原理に根拠を置く特殊な責任であると考えるか否か」に重点が推移しているとする⁽¹⁴⁾。

ところで、後に触れるように(第一節)、法定責任説においても、特定物のみならず、不特定物にも瑕疵担保責任の適用を認める見解がある。また、右のように、「特定物のドグマ」を否定しつつ、瑕疵担保責任を無過失責任であるとし、これと過失責任主義に立脚する債務不履行責任とを対置させる見解もある。そうだとすれば、法定責任説と債務不履行責任説の対立は、結局は、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを二元的に構成する(法定責任説)か、それとも両責任の同質性を認めて一元的に構成する(債務不履行責任説)か、という問題に還元されよう⁽¹⁵⁾。そして、債務不履行責任説、とりわけ森田教授の提唱する時的区分説は、瑕疵担保責任を「買主の弁済受領後にも特に認められた債務不履行責任」であるとし、「隠れた瑕疵」と一年の期間制限以外の「要件及び効果は、すべて債務不履行の一般原則の適用による」とする⁽¹⁶⁾。したがって、この見解によれば、一方では、両責任がその法的性質において完全に同質化されるとともに、他方で、債務不履行責任における「債務者の責めに帰すべき事由」の要件を再構成すべきこととなる⁽¹⁷⁾。

三 フランス法——二元説と一元説⁽¹⁸⁾

(1) 二元説による伝統的な理解

右の森田教授の見解は、フランスにおいて有力な見解である時的区分説に依拠するものである。そこで今日、瑕疵担保責任の法的性質を論じるに際しては、フランス法の理解が不可欠であると解される⁽¹⁹⁾。

まず、フランス民法典では、売主によって引き渡された目的物が売買契約で定められた品質・性能を有していな

い場合の買主に、次の三つの救済手段が認められている。すなわち、①目的物の本質にかかわる錯誤による無効訴権（一一一〇条）、②引渡債務の不履行に基づく解除訴権（一一八四条）および損害賠償訴権（一一四七条）、③隠れた瑕疵に基づく瑕疵担保訴権（一六四一条以下）である。⁽²⁰⁾そして、わが国におけると同じくフランスにおいても、これら三つの救済手段の適用領域をどのように区別すべきかについて、長い間議論がなされてきた。とりわけ、②と③の区別は、困難であるとされてきた。というのも、引渡債務は、単なる目的物の物理的な引渡しを意味するのではなく、目的物の性質が契約に適合するか否かをも問題とする概念であり、同じく目的物の適合性を保障する瑕疵担保責任と、その基盤において共通するからである。そこで、瑕疵担保責任と引渡債務の不履行責任との区別が問題となり、伝統的には、「瑕疵」概念を限定することにより、その解決が図られてきた。すなわち、瑕疵とは、目的物の変質・損傷などの客観的な欠陥のことを意味し、このような欠陥はないが、引き渡された目的物が合意された物と異なる場合とは区別されるとする。そして、③一六四一条以下の瑕疵担保責任は、瑕疵に関する法制度であり、目的物が契約に適合しない場合は、②引渡債務の不履行または①目的物の本質の錯誤によって買主が救済され、②と③は明確に区別されると解されてきた。⁽²¹⁾

右のような伝統的な二元説を支持する見解は、現在のフランスでも多数である。例えば、ルヴヌール教授は、②適合性の欠如と③瑕疵との区別は困難ではなく、むしろ、③瑕疵と①本質の錯誤の区別が難しいとする。⁽²²⁾そして、瑕疵と引渡債務（適合性）の不履行との区別を次のように述べている。すなわち、「隠れた瑕疵は、物をその定められた用法に不適切なものとする欠陥であり、他方で、適合給付義務の違反は、引き渡された物が注文により特定されたところに対応していないときに認められる」とする。そして、赤いフェラーリの売買契約を例に、黄色のフェラーリが引き渡された場合には引渡債務の不履行である。しかし、赤のフェラーリが引き渡されたものの塗装が不完全であって、すぐに塗装がはがれてしまった場合には、隠れた瑕疵が問題となるとする。⁽²³⁾それゆえ、伝統的な

二元説によれば、両者の区別はあいまいではなく、「容易に理解することができる」⁽²⁴⁾とされる。

(2) 時的区分説と判例の転回

右の二元説に対しては、その区別に従って異なった扱いをするのは妥当でなく、いずれも債務不履行の一場合にほかならないとの見解(機能説)が有力に展開されてきた。この見解は、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを二元的に把握するのではなく、両者を、その共通する基盤である目的物の「適合性」という観点から一元的に理解し、その区別を時的区分に求める。すなわち、売買目的物の瑕疵が隠れたものであるか否かによって、「受領時を基準とする『引渡債務』の不履行訴権と瑕疵担保訴権との『時的区分』を行う」⁽²⁵⁾とする。そして、破毀院も、この一元説の影響を受け、一九八六年二月七日の二つの全部会(大法廷)判決において、瑕疵担保訴権の短期の出訴期間の制限を定めた民法典一六四八条の適用を回避するために、隠れた瑕疵の存在する物は契約に適合しない(non-conformité ou défauts de conformité)⁽²⁶⁾物であると解し、三〇年の消滅時効(二二六二条)にかかる引渡債務の不履行に基づく訴権(一一八四条)⁽²⁶⁾を認めた。しかし、この全部会判決に対して、学説の多くは次のような批判を展開した。すなわち、判旨のように解すると、瑕疵担保責任が問題となる場合がすべて引渡債務の不履行責任の問題に解消され、一六四一条以下の瑕疵担保責任の規定が無用なものとなり、民法典の体系に反する。⁽²⁷⁾そこで破毀院も、このような学説の批判を容れ、二元説へとその立場を転回した。すなわち、破毀院第一民事部一九九三年五月五日判決(D.1993, p. 506 note A. Bénabent)は、「隠れた瑕疵とは、物をその通常の用途に適さないものとする欠陥であり、契約責任(債務不履行)訴権ではなく、民法典一六四一条以下に規定された条項に基づく担保訴権を認めるものである」と判示し、引渡債務の不履行を主張して一六四八条の期間制限に服しないとした当事者(買主)の上告を棄却した。⁽²⁸⁾そして破毀院は、この一九九三年に相次いで二元説に立脚する判決を公にし、⁽²⁹⁾その後も同じ立場を維持している。

(3) EU法——一九九九年のEC指令

瑕疵担保責任の法的性質については、一九九三年以降、判例は、右のように二元説を採用した。しかし、学説では、依然として一元説と二元説とが対立していた。このような学説状況において、フランスの民法学界を大きく揺るがす事件が起こった。それは、一九九九年五月二五日のEC指令第四四号⁽³⁰⁾の発効である。このEC指令は、動産の売買契約において、事業者である売主が、①目的物の引渡しの際に存在した適合性の欠如 (défauts de conformité) につき、消費者に対して責任を負う (三条一項) とする適合性の法定担保責任 (garantie légale de conformité) と、②法定の権利以上の権利を買主に合意によって与える約定担保責任 (garantie commerciale—六条) とを認めるものであり、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを一元化している。当然のことではあるが、EC指令の内容は、後に触れるであろうウィーン売買条約などの国際的動向を踏まえたものである。そして、このEC指令は、二〇〇二年一月一日までに加盟国の国内法に転換されなければならないとされていた (二一条一項)。そこで、ドイツでは、これをいち早く、民法典 (BGB) の改正によって採り入れた (二〇〇一年一月二六日の法律)。これに対して、フランスでは、二〇〇五年二月一七日のオールドナンスによって、民法典ではなく、その消費法典 (L・二二—一条以下) への転換が実現した⁽³¹⁾。このEC指令の消費法典への転換からは、次の二つが注目される。

第一に、その間のフランスでは、民法改正の是非をめぐって、学界を二分するかのような激しい議論の応酬がなされた。そして、そのような議論を経て実現された、消費法典への転換という結論をどのように評価するかは、瑕疵担保責任の法的性質論を検討するうえで、不可欠の作業である。

第二に、右の転換によって、問題がすべて解決したわけではない。すなわち、消費法典における法定の担保責任と、伝統的な民法典における瑕疵担保責任および引渡債務の不履行責任との関係をいかに解すべきか、という新たな問題が生じたといえよう。

四 本稿の課題と構成

以上が、本稿全体の素描である。この素描からも明らかなように、本稿は、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを二元的に理解するのが適切か否か、という問題意識ないし視点で貫かれている。そして、このような問題意識から、本稿が対処すべき具体的な課題は、次の二つである。

一つは、森田教授の論文が公にされた一九九一年以降の、瑕疵担保責任の法的性質論をめぐるフランスの判例と学説の状況を明らかにすることである。そこには、右に概観したような、急激な変化が認められよう。とりわけ、破毀院の一九八六年の全部会判決と一九九三年以降の転回とが、どのような背景に基づくものであるかを探ることが肝要であろう。⁽³²⁾そして、このような作業は、わが民法における瑕疵担保責任に関する規定の母法であるフランス民法の解釈を理解するために、必要かつ不可欠のものである。

もう一つは、右のフランス民法の理解を踏まえて、現行の日本民法の体系ないし解釈論として、瑕疵担保責任と債務不履行責任との関係をどのように考えるのが適切であるかを探ることにある。すなわち、先に触れたように、両者を一元的に捉える見解(債務不履行責任説)と、法定責任説のように二元的に構成する見解のいずれが、現行民法の理解として適切であるかである。

右の二つの課題に応えるために、以下では、まず、現在のわが国における判例と学説の状況を明らかにする(第一章・第二章)。もつとも、この点については、すでに優れた先行業績が存在する。⁽³³⁾それゆえ、本稿では、できうる限りそれらとの重複を避けることとする。次に、第三章と第四章においては、フランス法における議論を、E.U法をはじめとする国際的動向にも配慮しながら概観する。そして、第五章において、全体の総括を行い、今後の展望を明らかにする予定である。

なお、本稿の基本的な立場は、瑕疵担保責任を売主の無過失責任であると解し、これと過失責任である債務不履行

行責任とを対置させる二元的構成を妥当とするものである。もともと、その細部においては、なお検討しなければならない問題が多い。³⁵⁾ また、このような二元的構成は、あくまで現行民法の解釈ないし体系的理解に関するものであり、将来の立法論として、瑕疵担保責任と債務不履行責任との一元的構成を採用することを否定するものではない。

- (1) もともと、近時は、債務不履行責任における解除の要件として、債務者の帰責事由(過失)を不要とする代わりに、債務者の重大な契約違反を要求する見解が有力である(例えば、潮見佳男『基本講義債権各論Ⅰ(契約法・事務管理・不当利得)』(新世社、二〇〇五年)四〇頁)。なお、この見解の簡単なまとめとして、野澤正充「契約の解除(1)——解除の意義・要件」法学セミナー六一八号八二頁以下(二〇〇六年)。もともと、同稿では、ひとまずこの有力説に与したが、その可否の再検討も、本稿の付随的な課題の一つである。
- (2) 瑕疵担保責任における一年の期間制限は、除斥期間を定めたものであり、買主は、瑕疵を知った時から一年以内に売主の担保責任を問う意思を裁判外で明確に告げればよく、裁判上の権利行使は必要ないといわれる(最判平成四・一〇・二〇民集四六卷七号一二二九頁)。また、最高裁は、「瑕疵担保による損害賠償請求権には消滅時効の規定の適用があり、この消滅時効は、買主が売買の目的物の引渡しを受けた時から進行する」とした(最判平成一三・一一・二七民集五五卷六号一三一頁)。
- (3) 例えば、我妻博士は、法定責任説の立場から、瑕疵担保責任における損害賠償は、「信頼利益の賠償(消極的契約利益)の賠償に限る」とする。ただし、売主に過失がある場合には、履行利益の賠償も認められるとしている(我妻栄『債権各論中巻一』(岩波書店、一九五七年)二七一―二七二頁)。
- (4) 柚木馨・高木多喜男『新版注釈民法(14)』(有斐閣、一九九三年)二六〇頁以下参照。
- (5) 星野英一「瑕疵担保の研究——日本」『民法論集三』(有斐閣、一九七二年、初出一九六三年)二一五頁。
- (6) 星野・前掲注(5)二二六頁。
- (7) 森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察(一)」法学協会雑誌一〇七卷二号一七五頁(一九九〇年)。
- (8) 森田・前掲注(7)の論文。ただし、同論文は未完(一〇三・法学協会雑誌一〇七卷二号一七一頁、六号八九五頁、一〇八卷五号七三五頁)であり、論旨の概要は、私法五一号一二九頁以下(一九八九年)、および、森田宏樹「契約責任の帰責構造」(有斐閣、二〇〇二年、初出一九九二・一九九六年)二八五頁以下参照。
- (9) 森田・前掲注(8)『帰責構造』三〇九頁。
- (10) 内田貴『民法Ⅱ』(東京大学出版会、第二版、二〇〇七年)一三〇頁。
- (11) 実務家の中には、わが国の学説状況について、「契約責任説が通説の地位を取得しつつある」との認識を有する者もある(石村智「売買の

瑕疵担保責任についての再考」判例タイムズ二二一八号五八頁(二〇〇六年)。ただし、同論文は、最高裁の判決を再評価しようとするものであり、森田教授の見解を踏まえたものではない。なお、内田・前掲注(10)一二九頁)。しかし、少なくとも教科書レベルでは、依然として、従来の通説である法定責任説を支持するものも多く(藤岡康宏ほか『民法IV』(有斐閣、第三版、二〇〇五年)八二頁(浦川道太郎執筆)、近江幸治『民法講義V』(成文堂、第三版、二〇〇六年)一四三頁、川井健『民法概論4』(有斐閣、二〇〇六年)一四二頁)、現時点における学説の状況は、必ずしも明確ではない。なお、潮見・前掲注(1)八〇頁は、森田教授の見解に関して、「従前と違った枠組みに依拠した契約責任説が一部で説かれ」ているとして紹介する。

(12) 例えば、下森定「種類売買と瑕疵担保」奥田昌道ほか編『民法学5』(有斐閣、一九七六年)九七頁、磯村保「目的物の瑕疵をめぐる法律関係」『民法トリアル教室』(有斐閣、一九九九年)三一六頁など。

(13) 加藤雅信「売主の瑕疵担保責任——対価的制限説再評価の視点から」森島昭夫編『判例と学説3・民法II(債権)』(日本評論社、一九七七年)一八三—一八四頁。

(14) 森田・前掲注(7)一八五頁。

(15) 五十嵐清「不完全履行と瑕疵担保」ジュリスト三〇〇号・学説展望一五七頁(一九六四年)参照。もっとも、本文でも触れたように、法定責任説による二元的構成には、いくつかのヴァリエーションがある。すなわち、(a)伝統的な法定責任説は、特定物(不代替的特定物)と不特定物という目的物の性質によってその適用規範を区別する。これに対して、(b)後に述べるように、判例は、買主の受領時(大審院大正一四年三月一三日判決〔民集四卷二二七頁〕ないし「履行として認容し」受領した時(最高裁昭和三六年一月二日判決〔民集一五卷一—一五卷二八五二頁〕)を基準として、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを二元的に構成する。さらに、(c)両者を責任原理によって区別し、過失責任である債務不履行責任に対して、瑕疵担保責任は無過失責任であるとする二元論がある。しかし、いずれの見解も、両責任を別個のものとして捉え、二元的に構成する点では共通する。

(16) 森田・前掲注(8)私法一三五頁。

(17) その一つの試みとして、森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について——債務不履行における「帰責事由」」前掲注(8)『帰責構造』一頁以下。なお、同「瑕疵担保責任を語る」判例タイムズ二二二二号一三頁以下(二〇〇六年)参照。

(18) 本項の内容は、二〇〇六年六月四日に龍谷大学において開催された比較法学会のシンポジウムに際し、筆者が「売買目的物に瑕疵がある場合における買主の救済——フランス」と題して行った報告の概要である。その報告については、比較法研究(次号)に掲載される予定である。

(19) フランス法に関しては、かつては、「瑕疵担保と債務不履行との体系的相関関係への理論的な関心は薄い」との指摘(北川善太郎「契約責任の研究」(有斐閣、一九六三年)一一三頁)がなされていた。しかし、フランス法は、瑕疵担保責任の規定に関しては、「わが民法典の規定の母法であると考えられる」(森田・前掲注(7)一七六頁)のみならず、EUにおける国際的動向を反映して、近時のフランスにおいては、両制度の体系的な「理論的な関心」が高いと考えられる。

(20) O. Tournafond, Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente, D.1989, Chronique, p. 237, n.1. 関連するフランス民法典の規定

は、以下のとおりである（規定の訳は、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典——物権・債権関係』法務資料四四一号を参照した）。

(a) 錯誤

一一一〇条【錯誤】 ① 錯誤は、合意の目的物の本質にかかわるときでなければ、無効の事由とならない。

② 錯誤は、契約を締結しようとする相手方のみにかかわるときは、何ら無効原因とはならない。ただし、その者についての考慮が合意の主たる原因である場合には、その限りでない。

(b) 債務不履行責任

一一四六条【履行遅滞による損害賠償】 損害賠償は、債務者がその債務を履行するについて遅滞にあるときでなければ、義務づけられない。ただし、債務者が与え又はなすべき物が、債務者の経過した期間の後においてしか履行されえないものであるときは、この限りでない。

一一四七条【損害賠償責任】 債務者は、自らの側に何ら悪意が存しない場合であっても、不履行が債務者の責めに帰すことのできない外在的原因から生じたことを証明しないときはすべて、債務の不履行を理由として、又は、履行の遅滞を理由として、損害賠償の支払を命じられる。

一一四八条【不可抗力による免責】 債務者が、不可抗力若しくは偶然の事態の結果として、その負っている与える又はなす債務の履行を妨げられ、又は、債務者に禁じられていることを行ったときは、いかなる損害賠償も発生しない。

一一八三条【解除条件の意義】 ① 解除条件は、それが成就するときに債務の消去をもたらし、債務が存しなかった場合と同一の状態に物を復する条件である。

② 解除条件は、債務の履行を何ら停止しない。この条件は、それが予定した出来事が到来する場合において、債権者が受領した物を返還することのみをその者に義務づける。

一一八四条【双務契約の解除】 ① 解除条件は、双務契約において、両当事者の一方がその債務を何ら履行しない場合について、常に予定されている。

② この場合には、契約は法律上当然には解除されない。債務の履行を何ら受けなかった当事者は、それが可能であるときには合意の履行を他方当事者に強制し、又は、その解除を損害賠償とともに請求する選択権を有する。

③ 解除は、裁判上で請求しなければならぬ。被告には、状況に応じて期間を付与することができる。

(c) 瑕疵担保責任

一六二五条【売主の担保責任】 売主が取得者に対して負う担保責任は、二つの目的を有する。第一は、売却された目的物の平穩な占有であり、第二は、その物の隠れた欠陥又は解除の原因となるべき瑕疵である。

一六四一条【瑕疵担保責任】 売主は、売却された目的物が予定した用途に適さないような、又は買主がそれを知っていた場合には取得しなかったか、より低い価格しか与えなかったであろうほどにその用途を減ずるような隠れた欠陥を理由として、担保責任を負う。

一六四二条【明白な瑕疵の不担保】 売主は、買主が自ら確認することができた明白な瑕疵については、担保責任の義務を負わない。

一六四二条の一【建築予定不動産売買の特例】(省略)

一六四三条【善意の売主の担保責任】 売主は、隠れた瑕疵を知らなかったときでも、それについて担保責任を負う。ただし、この場合において、売主が何ら担保責任の義務を負わない旨を約定していたときは、その限りでない。

一六四四条【買主の選択権】 一六四一条及び一六四三条の場合には、買主は、物を返還し、その代金を返還させるか、又は物を保持し、鑑定人によって裁定される代金の一部を返還させるかの選択権を有する。

一六四五条【悪意の売主の担保責任の範囲】 売主は、物の瑕疵を知っていた場合には、売主が受領した代金の返還のほかに、買主に対してすべての損害賠償の義務を負う。

一六四六条【善意の売主の場合】 売主は、物の瑕疵を知らなかった場合には、代金の返還及び売買によって生じた費用の取得者への償還についてのみ義務を負う。

一六四六条の一【建築予定不動産についての特例】(省略)

一六四七条【滅失の場合の瑕疵担保責任】 ① 瑕疵を有した物が、その劣悪な質の結果として滅失した場合には、滅失は、売主の負担に帰す。売主は、買主に対して、代金の返還及び前二条において言及されたその他の損害賠償について義務を負う。

② ただし、偶然の事態によって生じた滅失は、買主の負担に帰す。

一六四八条【出訴期間の制限】 ① 解除の原因となるべき瑕疵に基づく訴えは、取得者によって、瑕疵の発見から二年以内に行使されなければならない。

② (省略)

一六四九条【競売についての特則】 瑕疵に基づく訴えは、裁判所が行う売却においては認められない。

(21) 森田・前掲注(7)「基礎的考察(三)」法学協会雑誌一〇八巻五号七六八頁、七八〇頁。Tournafond, op.cit. (note 20), n° 11, p. 238.

(22) G. Paisant et L. Leveneur, Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation?, JCP, éd. G., 2002, I, n° 7, p. 924.

(23) ローラン・ルヴスール(平野裕之訳)「ヨーロッパにおける販売された消費財についての新たな担保責任」ジュリスト一三〇三号九四頁(二〇〇五年)。

(24) ルヴスール・前掲注(23) 九四頁。

(25) 森田・前掲注(7)「基礎的考察(三)」法学協会雑誌一〇八巻五号七九一頁以下(一九九一年)。フランスの文献としては、J. Ghestin, Conformité et garanties dans la vente, L.G.D.J., 1983; J. Ghestin et B. Desché, Traité des contrats, L.G.D.J., 1990, n° 758 et suiv., p. 819 et suiv.; J. Huet, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, 2^e éd., L.G.D.J., 1996, n° 11229, p. 202 et suiv.; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Contrats spéciaux, 13^e éd., Cujas, 1999, n° 285, p. 206 et suiv.

(26) 一九八六年二月七日の全部会判決については、野澤正充「契約の相対的効力と特定承継人の地位(三)」民商法雑誌一〇〇巻四号六四四頁

以下(一九八九年)を参照。また、谷口知平『五十嵐清編『新版注釈民法(3)』(有斐閣、二〇〇六年)五三九頁(野澤正充執筆)。なお、森田・前掲注(7)「基礎的考察(二)」法学協会雑誌一〇八巻五号七六〇頁以下、八〇七頁以下(一九九一年)。

(27) 野澤・前掲注(26)六四六頁注(40)参照。

(28) Civ. 1^{re}, 16 juin 1993, D. 1994, p. 546, note Thomas Clay; Civ. 1^{re}, 13 octobre 1993, D. 1994, p. 211; Civ. 1^{re}, 27 octobre 1993, D. 1994, p. 212; Civ. 1^{re}, 8 décembre 1993, D. 1994, p. 212.

(29) Civ. 3^e, 24 janvier 1996, Bull. civ. 1996, III, n° 27, p. 18; Civ. 3^e, 14 février 1996, Bull. civ. 1996, III, n° 47, p. 32; Civ. 3^e, 1^{re} octobre 1997, Bull. civ. 1997, III, n° 181, p. 121; Civ. 3^e, 24 février 1999, Bull. civ. 1999, III, n° 52, p. 36.

(30) この指令の正式な名称は「消費財の担保責任及び売買の一定の側面についての一九九九年五月二五日のEC指令」である。

(31) 窪幸治「フランスにおける消費財指令の転換作業について」比較法四一号三三頁以下(二〇〇四年)、馬場圭太「EU指令とフランス民法典」甲南法学四六巻三三号一八九頁以下(二〇〇五年)。

(32) この点については、比較法学会の当日、星野英一教授による質問がなされた。その折りに答えたことではあるが、私見は、一九九三年以降の判例の転回よりも、一九八六年の全部会判決が、やや異例の判断だったのではないかとの推測をしている。この点は、本稿の第三章において、可能な限り、明らかにするつもりである。

(33) 特に、円谷峻「瑕疵担保責任」『民法講座5』(有斐閣、一九八五年)一八五頁以下は、民法の起草者の見解から一九八〇年代までの議論を、ほぼ網羅的に整理している。本稿における学説の整理も、その記述に負うところが大きい。また、旧民法から現行民法典の起草過程における議論については、森田・前掲注(7)一七八頁以下に詳しい。

(34) フランス民法における瑕疵担保責任の判例および学説についても、森田・前掲注(7)「基礎的考察(二)(三)」が詳細かつ的確である。

(35) 野澤正充「売主の担保責任(1)——瑕疵担保責任と債務不履行責任」法学セミナー二一号八四頁以下(二〇〇六年)では、瑕疵担保責任を売買契約における売主の無過失責任であると解し、過失責任である債務不履行責任とは異なるとした上で、ひとまず、不代替的特定物とそれ以外の目的物とを区別する伝統的な法定責任説を肯定した。このような目的物の区別による伝統的な理解(法定責任説)は、ローマ法以来の瑕疵担保責任の沿革を重視すると、適切な解釈であるといえよう。しかし、そのような沿革的理解が今日においてもなお妥当するか、また、それを維持すべきかは、別の問題である。この点については、本稿を書き進める中で、さらに検討してゆくつもりである。

第一章 日本法(1)——法定責任説と判例法の形成

第一節 起草者の見解とその評価

一 序 説

序章においても触れたように、瑕疵担保責任に関する現行民法の起草過程については、すでに詳細な研究が公にされている⁽¹⁾。にもかかわらず、起草者の見解についての理解は一致しない。争点となるのは、起草者が、瑕疵担保責任を売主の無過失責任であると考えていたか否かである。後に述べるように、法典調査会における審議において、起草者(梅謙次郎)は、売主が目的物の瑕疵を知らなかった場合にも、売主には「知らザル過失」があるから損害賠償責任を負うと説明した。⁽²⁾この説明の解釈をめぐって学説は分かれ、一方では、起草者は瑕疵担保責任を過失責任と解していたとの理解がある。⁽³⁾しかし他方で、「起草者が瑕疵担保責任を無過失責任と考えていた」⁽⁴⁾との評価も多い。⁽⁵⁾そのため、この問題に関する「従来の論稿」は、「自己の解釈論の展開の基礎づけという意味あいでは法過程を分析する傾向」があり、「その結果ややもすると解釈論に沿う方向に読み込んでしまうという危険がある」⁽⁶⁾との指摘もなされている。

では、なぜ起草者の見解は多義的な評価を可能としたのか。本稿は、その原因が、起草者(梅)の依拠した旧民法典の規定とボワソナードの見解に帰せられると考えている。そこで、右のような「危険」を避けつつ、旧民法典の規定の検討からはじめることとする。

二 旧民法典とボワソナード

(1) 旧民法典の規定

瑕疵担保責任に関して旧民法典は、財産取得編の第三款に「隠レタル瑕疵ニ因ル売買廃却訴権」と題し、九四条から一〇三条までの詳細な規定を置いている。そのうち、本稿が注目するのは、次の二条（特に九六条）である。

九五条 買主カ隠レタル瑕疵ノ売買廃却訴権ヲ行フ可キ程ニ重大ナルヲ証スルコト能ハス又ハ物ヲ保有スルコトヲ欲

スルトキハ買主ハ便益ヲ失フ割合ニ応シテ代価ノ減少ヲ請求スルコトヲ得（ボワソナード草案七四二条）。

九六条 買主カ売主ニ対シ売買ノ廃却又ハ代価ノ減少ヲ得タルニ拘ハラス売主カ初ヨリ其瑕疵ヲ知りタルトキハ買主ハ尚ホ其受ケタル損害又ハ失ヒタル利益ニ付テノ損害ヲ要求スルコトヲ得（ボワソナード草案七四三条）。

右の規定は、フランス民法典一六四五条と一六四六条⁽¹⁾に対応する。すなわち、売主が売買目的物の瑕疵を知らなかった場合（善意）と知っていた場合（悪意）とで、その損害賠償の範囲を区別するものである。より具体的には、売主が善意の場合においても、買主は、売主に対して、代金減額を請求することができる（九五条）。そして、売主が悪意であれば、買主は、代金減額請求に加えて、売主に対して、「其受ケタル損害又ハ失ヒタル利益ニ付テノ損害」の賠償を請求することができる（九六条）とする。この悪意の売主の賠償責任は、後の用語を用いれば、債務不履行責任における履行利益の賠償に相当する。

問題となるのは、なぜ、売主が隠れた瑕疵について善意であったか悪意であったかに応じて、損害賠償の範囲が異なるのか、という点である。

(2) ボワソナードの見解

右の九六条の草案に付されたボワソナードの注釈によると、売主の善意・悪意は、その過失の有無と関連していることが明らかである。

まず、損害賠償の範囲について特別に規定しなければ、一般法が適用され、「売主の善意と悪意の区別がなされる」ことになる⁽⁸⁾。しかし、ボワソナードは、「(売主の) 善意がフォート(過失)の可能性を排除しない」とする。すなわち、「売主がその売却する物の瑕疵を知らなかったことは、売主の過失に帰す」と解することができる。それゆえ、売主が悪意の場合には、当事者が「予見せずまたは予見することが不可能であった損害」についても賠償しなければならぬ⁽⁹⁾という、「損害賠償の範囲に関してのみ、善意と悪意の差異がある」にすぎないとする⁽¹⁰⁾。

右の見解からは、ボワソナードが、瑕疵担保責任も一般の債務不履行責任と異ならない過失責任であり、売主が目的物の瑕疵を知らなかったとしても、そのような「瑕疵を知らなかったこと」が「売主の過失」である、と解していたことは明らかである。そしてこの部分は、当時の司法省によって、次のように翻訳されている。すなわち、「(売主ノ善意ハ其過失ノ責ヲ免レシムルモノニ非サルカ故ニ売主其売渡セシ物ニ存セシ瑕疵ヲ知ラザリシ過失ノ責ヲ免ルルヲ得ス」⁽¹¹⁾。ここにおいて、売主の「知ラザリシ過失」という言葉が用いられ、先の起草者(梅)の見解も、この部分のボワソナードの見解に依拠したものであることがうかがわれる。

しかし、旧民法草案において、ボワソナードは右の見解を採らなかった。すなわち、「草案では、売主が互に求償し合うことを避けるために、かつ、フランス民法典(一六四五条・一六四六条)とイタリア民法典(二五〇二条・一五〇三条)にならつて、善意の売主に対しては、代金と費用の償還ないし代金減額のみを認め、その他の損害と損失の責任」については、売主が「悪意の場合に限定した」⁽¹²⁾とする。

もともと、右の注釈からは、ボワソナードがなぜその見解を草案において改めたのかは、必ずしも明らかではな

い。その説明のためには、一方で、フランス民法典一六四五条と一六四六条を検討する必要がある。⁽¹³⁾ しかし他方において、ボワソナード自身がどのように考えていたかを探求する必要もあろう。その手がかりとなるのは、後のボワソナードによる草案の注釈の補足である。すなわち、ボワソナードは、『民法辯疑』において、次のように述べている。⁽¹⁴⁾

まず、隠れた瑕疵について「善意ノ売主」に対し、一般の損害賠償責任を負わせなかった「理由トシテ草案注釈ニ陳ヘタル所ハ少シク足ラサル所」があつた。しかし、「法律ニ規定スル所ハ其当ヲ得タルモノ」であるから、「其理由ノ足ラサル所ヲ少シク補充」するとした。そして、「隠秘ノ瑕疵アル売主ニ責任ナシトシタルハ畢竟法律ハ其売主ノ過失タル容易ニ宥恕シ得ヘキコトアルヘク又其過失（瑕疵ヲ知ラサルコト）ハ之レヲ避クルコト甚タ難キコトアルヘシト看做シ以テ其売主ヲシテ責ニ任セシメサルモノナリ」とする。

結局、ボワソナードの見解によれば、売主に「瑕疵ヲ知ラサル」過失があつたとしても、そのような過失は許されるべき（宥恕シ得ヘキ）ものであり、あるいは避けることのできない（避クルコト甚タ難キ）ものであるから、損害賠償の範囲は代金減額請求に限られ、逸失利益などの損害賠償は認められないこととなる。そして、このような理解に基づき、旧民法典財産取得編九六条（草案七四三条）は起草されたのであつた。

(3) 小 括

右のボワソナードの見解を要約すると、次のようになる。すなわち、(a)ボワソナード自身は、当初、瑕疵担保責任も過失責任であり、売主が目的物の（隠れた）瑕疵を知らなかったとしても、そのような「瑕疵を知らなかったこと」が「売主の過失」であると解していた。しかし、草案においてはその見解を改め、(b)仮にそのような過失があるとしても、その過失には回避可能性がないから、売主は一般の債務不履行責任における損害賠償責任を負わず、その損害賠償の範囲は、代金の減額に限られる（財産取得編九五条・九六条）とした。

このような見解(b)は、瑕疵担保責任については、①それが売主の無過失責任であることを前提に、原則として、買主に代金減額請求権と解除権とを認め、②さらに売主に過失があった場合には、一般の債務不履行責任を認める、という二元的な理解に基づく。にもかかわらず、現行民法の起草者が採ったのは、旧民法典の立場(b)ではなく、当初のボワソナードの見解(a)であった。

三 現行民法典と梅謙次郎

(1) 現行民法典の規定

現行民法典は、旧民法典財産取得編における一〇ヶ条からなる詳細な瑕疵担保責任の規定を改め、わずか一条とし(五七〇条)、しかも五六六条の準用という簡略な形式を採っている。この五七〇条(草案五七一条)と五六六条(草案五六六条)を起草したのは梅謙次郎委員であり、このように規定を簡略化した理由は、次の点にある。すなわち、旧民法典や諸外国の民法典では瑕疵担保につき「細目ガ掲ゲテアル」。しかし、その「細目」の中には、一方では、(イ)「モウ言ハヌデモ知レタモノガアル」とともに、他方で、(ロ)「実行ノ上ニ於テ穩カナラヌト思フ規定ガアル」とする。⁽¹⁵⁾そこで、梅委員は、瑕疵担保責任において五六六条を準用する方が、「實際公平デモアツテ極メテ簡便デアル」とした。⁽¹⁶⁾

(2) 梅謙次郎委員の見解

ところで、梅委員が、右の(イ)ではなく、(ロ)の「穩カナラヌト思フ規定」として旧民法典を実質的に改めた点は、全部で九つに及ぶ。⁽¹⁷⁾そのうち、本稿が注目するのは、次の二点である。

第一点は、隠れた瑕疵についての売主の善意と悪意の区別を否定したことである。すなわち、旧民法典は、「売主ノ知ツテ居ル瑕疵ニ付テノミ損害賠償」が認められ、「売主ノ知ラナカタ瑕疵アレバ解除又ハ代価ノ減少」

にとどまり、「損害賠償ト云フモノハナイ」。このような規定は、「外国ニ随分例ガ多イ」⁽¹⁸⁾が、「本案ニ於テハ採リマセヌ」とする。⁽¹⁹⁾梅委員は、その理由を次のように説明している。

「売主ガ自己ノ権利ニ瑕疵ガアルト云フコトヲ知ラナイデ売ツタ場合ニハ、是ハ何処迄モ皆損害賠償ノ責ヲ負ハセル。然ルニ物ニ瑕疵ノアルト云フコトヲ知ラナカツタト云フ理由デ損害賠償ノ責ヲ負ハセヌト云フコトハ、甚ダ権衡ヲ得ナイヤウニ見エマスルカラ、夫レデ権利ノ瑕疵ニ付テハ善意ノ売主ト雖モ損害賠償ノ責ガアルトスル以上ハ、何ウモ物ノ瑕疵ニ付テモ矢張り然ウシナケレバナルマイ。売主ト買主ト其位置ヲ較ベテ見ルトドチラガ可哀想デアルカト云フト、買主ノ方ガ丸デ知ラナイ物ヲ買フ、売主ノ方ハ自己ノ所有物デアツテ見レバ元来ハ知ツテ居ルベキノデアルカラ、多クノ場合ニ於テハ即チ知ラザル過失ガアル。夫レデアリマスルカラシテ、何ウモ此ノ場合ニ損害賠償ノ責ガナイ、斯ウ致シタノハ穩ヤカデナカラウト考ヘマス」⁽²⁰⁾〔句説点は筆者〕。

右の見解は、買主が善意の売主に対しても、契約の解除と代金減額請求のみならず、損害賠償を認める根拠として、次の二つを指摘する。第一は、追奪担保責任については、「売主が契約の時に於いてその売却した権利が自己に属しないことを知らなかった場合」でも、買主に対して損害賠償をしなければならない（五六二条一項）ことと均衡である。そして第二に、目的物は売主の所有に属するから、売主は瑕疵を知るべきであり、たとえ善意であっても、売主には「知ラザル過失ガアル」とする。⁽²¹⁾

第二点は、第一点とも関連するが、瑕疵担保責任の効果としての代金減額請求を改め、「損害賠償の請求」⁽²²⁾（五六六条）としたことである。その理由は、「代価減少」の「意味が甚ダ明瞭デナイ」ことにある。すなわち、売買の目的物に瑕疵がある場合において、「幾ラノ価ヲ減スル其為メニ瑕疵ノ分量ガ何分ノ一デアルトカ云フヨウナコト

ハ余程評価仕難イ」とする。⁽²³⁾ もつとも、梅委員も、「理屈カラ言ヘバ之モ担保デアルカラ純然タル代価減少ノ方ガ宜カラウト」考える。しかし、「實際ニ於テ到底真ノ代価減少ト云フコトハ六ヶ數カラウ」とし、「縦令代価減少ト書テ置テモ其実矢張り損害賠償ニ帰着スルコトニナルデアラウ」と説明する。⁽²⁴⁾ 要するに、起草者は、論理的には、買主の売主に対する代金減額請求権を認めることが適切ではあるが、実際には、「瑕疵ノ分量」を評価することが困難であるため、「損害賠償」としたのである。

以上の二つの点については、後の梅博士の体系書においてもほぼ同様の説明がなされている。すなわち、第一点については、「通常売主ハ買主ヨリモ善ク其売ラント欲スル物ヲ知レルカ故ニ」、目的物に隠れた瑕疵があるときは「之ヲ買主ニ告ケ而モ之ヲ買フヘキヤ否ヤヲ確メ」なければならず、そうしなければ、「売主ハ其物ニ瑕疵ナキコトヲ保証シタルモノト看做スモ敢テ過酷」ではないとする。⁽²⁵⁾ また、第二点についても、「外国ノ法律ニ於テハ」代金減額請求を認めるが、「瑕疵アルカ為メニ代金ノ幾分ヲ減額スヘキカハ極メテ算定シ難キ所ニシテ」、裁判官の独断に委ねることとなるから、「損害要償権ノミヲ認ムルコトトシタ」とする。⁽²⁶⁾

なお、『民法修正案理由書』においても、「自己ノ売渡物ノ瑕疵ヲ知ラサルハ売主ノ過失」であり、この過失によって他人に損害を加えた場合には、売主が「賠償ヲ為スハ至当ナリ」とする。⁽²⁷⁾ また、民法起草委員を補助した松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎の三氏による『帝国民法正解』も、目的物については「売主ハ買主ヨリモ能ク知悉セルモノナルカ故ニ瑕疵アルトキハ予メ之ヲ告知スルノ義務アルハ固ヨリニシテ」、売主に担保責任を負わせても「間然スル所ナカルヘシ」とする。⁽²⁸⁾ それゆえ、先の梅委員の見解が、現行民法五七〇条の起草理由であることは明らかである。

四 起草過程の検討による民法五七〇条の評価

(1) 起草者（梅）の見解のまとめ

以上のような現行民法典の起草過程の検討からは、五六六条を準用する五七〇条に関しては、次のことを指摘できよう。

まず、起草者は、瑕疵担保責任も債務不履行責任と同じく過失責任に基づくものであり、売主が目的物の瑕疵を知らなかったとしても、売主にはそれを知らなかったことにつき過失（「知らザル過失」）があると考えていた。そして、瑕疵担保責任の内容としては、解除権のほか、代金減額請求のみならず、一般の債務不履行責任と同様の損害賠償（今日という「履行利益の賠償」）の請求が認められると解していた。

右のような理解に対しては、「起草者が瑕疵担保責任を無過失責任と考えていた」⁽²⁹⁾との評価も存在する。その根拠は、起草者のいう売主の「知らザル過失」が、「何ウ云フ恕スベキ事情ガアラウトモ」⁽³⁰⁾認められる過失であるから、「債務不履行責任を基礎づける『過失』と同じものだと考えられない」⁽³¹⁾ことにある。しかし、起草者は、その当否はともかく、五七〇条においては、代金減額ではなく、逸失利益を含む損害賠償を認めるものとしての売主の「過失」を想定している。したがって、起草者は、瑕疵担保責任を一般の債務不履行責任と同じく、過失責任であると解していたことは明らかである。その意味では、来栖三郎博士による次の指摘が適切であると考ええる。すなわち、「民法典起草者は物の瑕疵についての売主の担保責任も権利の瑕疵についての担保責任と同様、債務不履行の一般原則に従わしむべきだとしているので、損害賠償の範囲として履行利益の賠償を考えていた」⁽³²⁾。そして、それが売主の過失を要件とするか否かについても、「権利の欠缺に対する担保責任の場合と同様に、売主の過失を必要とする趣旨であった」⁽³³⁾とする。

(2) 起草者の見解に対する評価

起草者の見解が右のようであったことは、明らかである。問題は、そのような起草者の見解が適切かつ妥当であったか、という評価にある。この問題については、以下のように考えることができる。

まず、現行民法五七〇条の起草に際して、起草者には、少なくとも、次の二つの選択肢があった。

一つは、旧民法典の規定とそれを基礎づけたボワソナードの見解(b)である。すなわち、売主が無過失(瑕疵について善意)の場合には、原則として買主に代金減額請求権と解除権とを認め、売主に過失があった場合には、一般の債務不履行責任を認める、という二元的な構成である。

もう一つは、ボワソナードの当初の見解(a)であり、瑕疵担保責任も債務不履行責任と同じ過失責任であり、売主が目的物の(隠れた)瑕疵を知らなかったとしても、そのような「瑕疵を知らなかったこと」が「売主の過失」であるとするものである。この見解は、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを一元的に構成し、過失を要件としつつ、損害賠償についても両者を区別しない。

右の二つの選択肢のうち、起草者が採用したのは、後者の一元的構成であった。しかし、これに対しては、ボワソナード自らが述べたような問題点が妥当する。すなわち、瑕疵担保責任における瑕疵は「隠れた」ものであるから、売主に「瑕疵ヲ知ラサル」過失があったとしても、そのような過失は許されるべきものであり、また、避けることのできないものでもある。にもかかわらず、瑕疵を知らなかった(善意の)売主に「知ラザル過失」を認めることは、実質的には、売主に無過失責任を負わせるに等しい。その意味では、多くの学説が、起草者は売主の過失を擬制している⁽³⁴⁾と評したことは、きわめて的確な指摘であったといえよう。

では、起草者は、なぜ旧民法典の二元的構成を採用せず、一元的構成を選択したのであろうか。その答えも、これまでの検討から明らかである。すなわち、起草者は、瑕疵担保責任と追奪担保責任とを基本的に同じ性質のもの

として捉え、両者の「権衡」(均衡)から、瑕疵担保責任についても債務不履行責任と同様の損害賠償を認めたのである。換言すれば、前述の来栖博士の指摘のように、起草者は、「物の瑕疵についての売主の担保責任も権利の瑕疵についての担保責任と同様、債務不履行の一般原則に従わしむべき」としたのである。

ところで、今日では、売主の担保責任を「権利の瑕疵」と「物の瑕疵」とに分け、前者の「権利の瑕疵」が債務不履行責任であると解することには異論がない。すなわち、売主は、買主に対して、財産権を移転する義務を負う(五五五条)。⁽³⁶⁾しかし、売主に権利がない場合には、権利は買主に移転せず、売主の財産権移転義務は果たされないこととなる。それゆえ、権利の瑕疵に対する担保責任(五六一―五六四条)は、売主の債務不履行責任であると解される。⁽³⁷⁾とりわけ、他人の権利の売買に関する五六〇条は、売主が、「その権利を取得して買主に移転する義務を負う」ことを明記し、これを受けて五六一条の追奪担保責任も、「売主がその売却した権利を取得して買主に移転することができないとき」に認められるものである。そうだとすれば、追奪担保責任(五六一条)は、債務不履行責任の一つとして位置づけられる。しかし、これらの権利の瑕疵と、物の瑕疵に関する瑕疵担保責任(五七〇条)とを同様に解すべきか否かは、別個に検討すべき問題である。にもかかわらず、起草者は、売主の担保責任をすべて「独立ノ義務トセス権利移転ノ義務中ニ包含」した。⁽³⁸⁾そして、立法技術としても、「まず権利の瑕疵に対する担保責任について相当詳細な規定を設けた後、物の瑕疵に対するそれについては、五七〇条一カ条を設けるにとどめ、しかもその効果については前者の規定(五六六条)を準用すること」とした。⁽³⁹⁾このような起草者の選択が適切かつ妥当であったかは、一つの問題である。

右の選択の可否については、早急な結論を避けるなければならない。なぜなら、その可否を判断するためには、起草者の依拠したボワソナードの当初の見解(a)がどのような見解または根拠に基づくものであるかを、フランス法に遡って検討しなければならないからである。

ただし、これまでの検討からは、次の点を指摘することは許されよう。すなわち、起草者は、瑕疵担保責任と債務不履行責任とを二元的に構成する旧民法典およびボワソナードの見解を放棄し、瑕疵担保責任を過失責任であると捉え、これを債務不履行責任と同じものであるとする一元的構成を採用した。しかし、その過失（「知らザル過失」）責任は、実質的には、無過失責任ともいえるべきものであった。にもかかわらず、起草者があえて一元的構成を選択したことが、後の学説の対立と混乱とを招く大きな要因となった、と考えることができる。

なお、民法の起草過程においては、大正期以降の学説に見られるような「特定物のドグマ」は現れていない。したがって、民法の起草者は、目的物に応じて瑕疵担保責任と債務不履行責任の適用領域を区別することを考えてはいなかったと解される。

- (1) 森田宏樹「瑕疵担保責任に関する基礎的考察（一）」法学協会雑誌一〇七巻二号一七八頁以下（一九九〇年）および同頁注（二）に引用された文献参照。そのほか、潮見佳男「民法五六〇条・五六一条・五六三条・五六七条・五七〇条（売主の担保責任）」星野英一『広中俊雄編『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、一九九八年）三三七頁以下。
- (2) 法典調査会『民法議事速記録』第三十巻（日本学術振興会版）三十ノ七十。
- (3) 石田穰『民法Ⅴ』（青林書院新社、一九八二年）一四五頁。
- (4) 円谷峻「瑕疵担保責任」星野英一編『民法講座5』（有斐閣、一九八五年）一八八頁。
- (5) 森田・前掲注（一）二二六頁注（五二）参照。
- (6) 松岡久和「数量不足の担保責任に関する立法者意思」龍谷法学一九巻四号八〇—八二頁（一九八七年）。
- (7) 本稿・序章注（20）参照。
- (8) G. Boissonade, *Projet de code civil pour l'empire du Japon*, t.III, 1888, n°340, pp. 419-420.
- (9) 旧民法典財産編三八五条参照。同条は、債務不履行における損害賠償の範囲につき、次のように規定している。
三八五条 ① 損害賠償ハ債権者ノ受ケタル損失ノ償金及ヒ其失ヒタル利得ノ填補ヲ包含ス。
② 然レトモ債権者ノ悪意ナク懈怠ノミニ出テタル不履行又ハ遅延ニ付テハ損害賠償ハ当事者カ合意ノ時ニ予見シ又ハ予見スルヲ得ヘカリシ損失ト利得ノ喪失トノミヲ包含ス。
③ 悪意ノ場合ニ於テハ予見スルヲ得サリシ損害ト雖モ不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノタルトキハ債権者其賠償ヲ負担ス。

- (10) Boissonade, op.cit. (note 8), p. 420.
- (11) ボアソナード氏起稿『再閣修正民法草案註釈』第三編上巻八八〇頁。
- (12) Boissonade, op.cit. (note 8), p. 420. 森田・前掲注(1) 一八三頁。
- (13) 本稿・第三章参照。
- (14) ボアソナード先生断案・森順正纂輯『民法辯疑』(公文舎、一八九二年)三四九―三五〇頁。なお、森田・前掲注(1) 一八四頁。
- (15) 法典調査会・前掲注(2) 三十ノ七二。
- (16) 法典調査会・前掲注(2) 三十ノ七二。
- (17) その詳細については、森田・前掲注(1) 二二一頁以下参照。
- (18) 法典調査会・前掲注(2) 三十ノ七三。
- (19) 法典調査会・前掲注(2) 三十ノ七四。
- (20) 法典調査会・前掲注(2) 三十ノ七四。
- (21) 梅博士が、法典調査会以前に、すでにこのような理解をしていたことについて、森田・前掲注(1) 二〇三頁以下。
- (22) 法典調査会・前掲注(2) 三十ノ七四。
- (23) 法典調査会・前掲注(2) 三十ノ七五。
- (24) 法典調査会・前掲注(2) 三十ノ七五。
- (25) 梅謙次郎『民法要義巻之三』(有斐閣、大正元年版復刻版、一九八四年) 五二五頁。
- (26) 梅・前掲注(25) 五二六頁。
- (27) 『民法修正案理由書』一三三頁。
- (28) 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝国民法正解』民法債権編一〇〇三頁。
- (29) 円谷・前掲注(4) 一八八頁。なお、同『民法制定過程における瑕疵担保責任論』判例タイムズ五五八号一四頁以下(一九八五年)も参照。
- (30) 法典調査会『民法議事速記録』第二十九卷(日本学術振興会版) 二十九ノ二百廿三。
- (31) 円谷・前掲注(4) 一八九頁。
- (32) 来栖三郎『契約法』(有斐閣、一九七四年) 八七頁。
- (33) 来栖・前掲注(32) 八八頁。
- (34) 林良平「売主の瑕疵担保責任の効果」『契約法大系II (贈与・売買)』(有斐閣、一九六二年) 一五七頁、五十嵐清『比較民法学の諸問題』(一粒社、一九七六年) 一一三頁注(5)、前田達明『口述債権総論』(成文堂、第三版、一九九三年) 一二六頁。
- (35) 柚木馨『注釈民法(14)』(有斐閣、一九六六年) 一二六頁は、権利の瑕疵と物の瑕疵との区別について、次のように説明している。すなわ

ち、「わが民法は、この両者を一括して売主の担保責任なる一個の制度のうちにこれを並列規定しているが、この両者はもともと別個の制度として別個の系譜を持ち、西欧の法制も多くこれを別異に規定している」とする。

(36) 来栖・前掲注(32) 五三頁。

(37) 柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法(14)』(有斐閣、一九九三年) 一九二—一九三頁〔高橋眞執筆〕。

(38) 梅・前掲注(25) 四八六頁。

(39) 柚木・前掲注(35) 一二六頁。

【付記】 淡路剛久教授との出会いは、一九七九年の後期、私が法学部の一年生の時にさかのぼる。その年から立教大学法学部は、全国に先駆けて社会人入試を始めるとともに、カリキュラムの大きな変更を行い、民法も、一年次後期に不法行為の講義が行われることとなった。その記念すべき第一回の淡路教授による不法行為の講義を大教室で聴いたときの感激は、いまだに忘れられない。そして、受講者が約五〇〇名という大教室の講義であつたにもかかわらず、淡路教授は、私を見出し、二年次のはじめには研究者への道を示唆して下さった。以来二八年間にわたつて、公私ともに拙い私を励まし、導いて下さった淡路教授の恩には、報いることができずに今日に至っている。

この未完の論文のテーマであるフランスの瑕疵担保責任は、私の最初の論文(修士論文・一九八七年)である「契約の相対的効力と特定承継人の地位」(後に民商法雑誌二〇〇巻一—六号に五回にわたつて連載)の基調となるものであつた。そしてその折りに、わが国で初めて紹介された破毀院全部会一九八六年二月七日判決の、その後のフランス法における転回が本稿の一つのモチーフとなっている。その意味では、本稿は、私の研究者としての出発点に立ち返るものであり、この論文の将来における完成をいわば停止条件として、淡路剛久教授に心からの感謝を捧げたい。